

## IIINDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES ENTRE LOS CÓNYUGES. EN ESPECIAL, INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA CONYUGAL\*

### COMPENSATION FOR MORAL DAMAGES. IN PARTICULAR, COMPENSATION FOR SPOUSAL RUPTURE

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 570-603*

\* Ya en fase de corrección de pruebas, el Pleno del Tribunal Supremo dicta la Sentencia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158), sentencia ésta, como mínimo, muy discutible, la cual niega la posibilidad de resarcimiento de los daños morales derivados del incumplimiento de las obligaciones conyugales, en general, y de los originados por la errónea creencia del marido de que el hijo de su cónyuge era suyo, en particular. Sobre el tema, cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, "Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial", *Diario La Ley*, n° 9318, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2018.



Luis Martínez  
VÁZQUEZ DE  
CASTRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

**RESUMEN:** Hoy no hay duda acerca de la posibilidad de que se pueda hablar de indemnizaciones por daño moral en el seno del matrimonio, bien por la ruptura de éste bien por acciones de un cónyuge contra el otro. En este ámbito resultan curiosas las acciones "heart-balm" del Derecho norteamericano.

**PALABRAS CLAVE:** Indemnización; daño moral; matrimonio.

**ABSTRACT:** *Today there is no doubt about the possibility that we can talk about compensation for moral damage in the marriage, either by the break of it or by actions of one spouse against the other. In this area are curious actions "heart-balm" of American Law.*

**KEY WORDS:** *Compensation; moral damage; marriage.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. LA APLICACIÓN DEL ART. 1902 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. ALGUNOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES EN LAS RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES.- IV. CONCLUSIÓN.**

---

## **I. INTRODUCCIÓN**

En una ocasión, una persona, cuyo cónyuge acaba de divorciarse de ella, me preguntaba: “El Derecho le concede la posibilidad de divorciarse sin pegas. Y yo, ¿nadie me indemniza por el sufrimiento que me causa, por la desaparición de mis expectativas personales y vitales?”

De entrada, mi respuesta era negativa. Si el divorcio es un derecho, según el Código Civil, no caben daños morales, porque es en este campo donde nos encontraríamos. Pero, luego, reflexionando un poco más, pensaba que si el libre desarrollo de la personalidad, fundamento del divorcio-exprés, justifica un divorcio sencillo y sin culpabilidad, ¿no protegería también este principio constitucional a la otra parte, en el sentido que se ha roto un proyecto de vida protegido también por este principio? Al menos, merecería un examen esta pregunta. En definitiva, se trataba de responder a la cuestión de si uno de los cónyuges, en base al principio de libre desarrollo de la personalidad, tiene la posibilidad de reclamar daños morales en caso de ruptura del matrimonio.

Porque lo que no se puede negar es la incidencia del daño moral en el divorcio, como causa en sí mismo de indemnización, entendido aquel como sufrimiento o dolor<sup>1</sup>. Otra cosa es que no se reconozca expresamente esta posibilidad en la actual legislación y, por supuesto, la pensión compensatoria no es el instrumento

---

I Posibilidad negada rotundamente por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 195: “Dejo de lado, pues, los daños causados por el divorcio en sí mismo. De cualquier modo, dejo aclarado que, en mi opinión, ante la inexistencia de norma expresa, esos daños no son reparables; la razón central es que falta el primer requisito de la responsabilidad civil extracontractual (la antijuricidad), desde que pedir el divorcio es un derecho; por lo tanto, del ejercicio de ese derecho no pueden derivar daños reparables por el sistema de la responsabilidad extracontractual”. Lo que sucede es que no parece ya que la antijuricidad sea requisito de la responsabilidad extracontractual en el sentido que afirma esta autora. Hemos de fijarnos más en la víctima, en su dignidad.

idóneo para la reparación del daño moral, ya que tiene su razón de ser en la posibilidad del desequilibrio económico de los cónyuges<sup>2</sup>.

Pero además de estos posibles daños, que se basan en el divorcio en sí mismo, podrían ser exigibles dentro del matrimonio, con independencia de la demanda de divorcio, daños morales en relación con la violencia de género, injurias, etc. Estas conductas no tienen, en principio, nada que ver con el divorcio. Es más, se puede pedir el divorcio y además responsabilidad por daños morales. Y al revés: un cónyuge pide el divorcio y el otro le demanda por daños morales. Todos estos daños se fundamentan, no en el hecho de ser cónyuges, sino en la dignidad de las personas<sup>3</sup>.

Pero el daño se puede plantear también respecto de los hijos. Una antigua sentencia norteamericana nos sitúa la cuestión<sup>4</sup>. Se trata del caso *ZEPEDA versus ZEPEDA*, allá por el año 1963. Una Corte de apelaciones de Illinois conoció de la acción entablada por una persona ya adulta que demandó a su progenitor por

- 2 No obstante, el informe que el Consejo General del Poder Judicial emitía sobre la reforma de la ley del divorcio ya señalaba lo siguiente: "En materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un "divorcio sin causas justificadas": no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida". O, al examinar la regulación de la pensión forma de compensación al cónyuge que vea empeorada su situación anterior como consecuencia de la separación o el divorcio, se afirma lo siguiente: "Teniendo en cuenta que se permite la separación y el divorcio sin causa alguna a los tres meses de matrimonio y las consecuencias que ello va a tener en la sucesión forzosa, también afectada por la separación de hecho incluso unilateral, debería analizarse la trascendencia que una eventual conducta dolosa o culposa de una de las partes puede tener, por ejemplo, forzando una separación unilateral de hecho, sin mayores explicaciones o una separación o divorcio judicial, frustrando las legítimas expectativas, espirituales y materiales, de la otra parte en cuanto a su vida futura, ya que en las circunstancias que se prevén en el art. 97 del Código Civil, y que el juez debe valorar para fijar la compensación, no se tiene en cuenta este aspecto de forma expresa y no es de fácil encaje en ninguna de ellas."
- 3 KEMELMAJER "La eliminación del divorcio contencioso", cit., p. 199, dice que son daños causados por ataque a los derechos de la persona, independientemente de su carácter de cónyuge: "No se trata del mero daño causado entre integrantes de una familia. Si un cónyuge causa lesiones físicas al otro no hay duda sobre el deber de resarcir, pues los cónyuges no son visualizados como tales, sino como víctima y victimario de un hecho ilícito. El vínculo familiar –conyugal en este caso- no es causal de justificación y no hay un derecho a dañar. Dicho de otro modo, el matrimonio no genera un derecho al cuerpo del otro cónyuge. Cada cónyuge conserva sus propios derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la fe religiosa, su orientación política, la salud, la imagen, el honor. Ninguno de estos derechos queda disminuido por el hecho de casarse, desde que son manifestación de la propia personalidad. El matrimonio no habilita para dañar impunemente por lo que se indemnizan los ilícitos cometidos contra esos bienes con prescindencia de que haya o no matrimonio o divorcio. Está fuera de discusión que si los hechos constituyen delitos del derecho criminal (lesiones, tentativa de homicidio, calumnias, injurias) no hay razón para no indemnizar si concurren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Aunque no exista delito de derecho criminal, la reparación de los daños procede si, por ejemplo, se producen en el contexto de violencia familiar. En definitiva, las acciones de daños y perjuicios se abren cuando hay lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos, el derecho a la reparación no proviene de la calidad de cónyuge, sino de ser cualquier persona afectada por un hecho ilícito. Se trata de daños, de alguna manera "separables" ("detachables" dirían los franceses), de las pretensiones que naturalmente fundan el divorcio; dicho de otro modo, configuran un menoscabo de intereses jurídicos que serían indemnizables aun cuando por hipótesis no se hubiera demandado y obtenido el divorcio. El estado conyugal no sirve de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos o cuasidelitos".
- 4 ROMERO COLOMA, A.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 16.

el hecho de haber nacido fuera del matrimonio, es decir, por ser un hijo extra-matrimonial. En la demanda señalaba que su padre había seducido a su madre mediante promesas de matrimonio que, más tarde, no pudo cumplir, pues ya estaba casado con otra persona. El demandado alegaba que el engaño de su padre a su madre le había privado de su derecho a tener un hogar normal y, además, le había estigmatizado como hijo bastardo.

La Corte, aunque reconoció que en el caso se presentaban todos los requisitos de un *tort*, resolvió, sin embargo, denegando la petición de daños y argumentando que las consecuencias de acoger una petición de indemnización de daños de este tipo acarrearía consecuencias sociales desastrosas.

Vamos a ver en qué ámbitos familiares puede existir una posible responsabilidad por daños morales. Ya sabemos que tradicionalmente ha sido difícil hablar de responsabilidad civil en estos campos, porque, en principio, el terreno de la vida de familia es el terreno de la solidaridad y el altruismo, dos conceptos absolutamente opuestos a la idea de formular reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas<sup>5</sup>.

De ahí que la doctrina se haya preguntado con frecuencia: ¿se aplica el art. 1902 CC. a la familia y al matrimonio?<sup>6</sup>. Junto con los argumentos anteriores, se ha dicho que tradicionalmente el Derecho de Daños fue un campo ajeno al Derecho de Familia por los intereses superiores que se suponía estaban presentes, la defensa de la estabilidad de la familia y la jerarquización de la estructura familiar que parecía estaban contrapuestos a la responsabilidad civil.

Esto hoy carece de sentido, ya que el matrimonio y la familia se construyen en el Código Civil basados en los principios de autonomía privada y libre desarrollo de la personalidad que casan perfectamente con la dignidad de la persona a la que responde el art. 1902 CC.<sup>7</sup>. Como primera sociedad humana que es la familia están

5 FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Octubre de 2001, p.3.

6 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", en AA.VV.: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 147 ss. Con carácter general, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 33 ss., examina las razones que podía haber detrás de que tanto el Código Civil como la Jurisprudencia no fueran favorables al juego de la responsabilidad civil en la familia.

7 Señala MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Remedios indemnizatorios", cit., p. 149: "Se puede por tanto afirmar que los actuales principios del Derecho de familia basados en el desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, la igualdad de los cónyuges, la concepción de la patria potestad como función dual del padre y de la madre, la existencia de nuevos modelos de familia es lo que lleva al planteamiento de la posible aplicación de los principios del derecho de daños en este ámbito. Por el mero hecho de estar casados, el marido y la mujer no deben dejar de responder por los daños causados por el uno al otro: marido, mujer, padre, madre, hijo, no pueden respectivamente alegar situaciones de privilegio, de supremacía o de vínculos de sujeción, sino considerarse particular y singularmente libres, iguales y completamente responsables los unos frente a los otros y frente a terceros. Incluso, se puede afirmar que el *status familiae* no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable".

protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual<sup>8</sup>.

“Hoy en día”-dice MEDINA<sup>9</sup>- “a la luz de los precedentes jurisprudenciales y de la doctrina autoral, vemos que se ha eliminado la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que los principios clásicos de la responsabilidad civil han sufrido una evolución así como también se ha avanzado en la concepción del Derecho de Familia. Por lo tanto, de lo que se trata es de entender en qué medida los nuevos principios de la responsabilidad civil se aplican en el Derecho de Familia moderno basado en la igualdad de los cónyuges, en la patria potestad como una función, en la desaparición de desigualdades entre los miembros de la familia, en la existencia de nuevos modelos de familias, como las integradas o las de parejas homosexuales o las extramatrimoniales, que carecen de una regulación reguladora específica”.

En cuanto a la clásica idea de la “inmunidad familiar” en el ámbito del Derecho de Familia, ello desapareció con la STS 30 junio 2009<sup>10</sup>, que no tiene que ver con los daños entre los cónyuges, sino que se refiere al derecho de los hijos menores a gozar de relaciones personales con ambos progenitores y el correlativo interés de cada uno de éstos de mantener esa relación. Esta sentencia, en opinión de la doctrina, supuso un punto y aparte<sup>11</sup>.

8 SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBI PUIG, A., y LUNA YERGA, A.: “Derecho de Daños (DdD). Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, [www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf](http://www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf), 6ª ed., 2017, p. 110 ss., señalan que una de las cuestiones básicas del moderno Derecho de daños es si las previsiones del legislador sobre la regulación de tal o cual actividad cierran o no el sistema de remedios al ejercicio adicional de una pretensión civil de reparación o indemnización del daño basado en el art. 1902 CC. De ahí, la siguiente pregunta: ¿Tiene un cónyuge, excónyuge o persona integrante de una relación de pareja análoga a la matrimonial acciones de daños, además de las pretensiones previstas por la legislación matrimonial para el caso de las crisis de pareja? La respuesta a esta pregunta estaría en función de si el comportamiento presuntamente dañino por cuya realización se pide una indemnización daría lugar a la pretensión incluso si las partes nunca hubieran contraído matrimonio o no hubieran mantenido una relación semejante. Y contestan: “Así, la regulación específica del matrimonio y el divorcio no está en ningún caso pensada para cubrir las consecuencias patrimoniales de actos por los cuales hay que responder en prácticamente cualquier circunstancia de la vida, salvo que medie consentimiento del afectado”.

9 MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p.21.

10 STS 30 junio 2009 (RAJ 2009, 5490)

11 La sentencia resuelve afirmativamente la demanda presentada contra la expareja que había impedido que el demandante llegara a tener cualquier tipo de relación con su hijo reteniéndolo en Estados Unidos en contra de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que resolvieron sobre su guarda y custodia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación contra la sentencia de apelación, que había considerado prescrita esa acción, y declaró que la madre había violado los derechos del padre a relacionarse con su hijo menor, además de haber desobedecido las resoluciones judiciales que aquella conocía perfectamente al haber comparecido en tiempo y forma en todos los procedimientos judiciales que habían tenido lugar en España. Concluye condenando a la madre a abonar una indemnización de 60.000 euros por los daños morales sufridos por el demandante a consecuencia de la privación de todo contacto con su hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él. En cuanto a la doctrina que vio en esta sentencia un punto de inflexión respecto a la aplicabilidad en España del Derecho de la responsabilidad civil con ocasión de conflictos familiares, cfr. MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 2, 2011, p. 519. Estos autores también critican vivamente esta doctrina y no extraen de la sentencia las mismas consecuencias que los autores

## II. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. LA APLICACIÓN DEL ART. 1902 DEL CÓDIGO CIVIL

El tema de la responsabilidad y el Derecho de Familia tiene, en terminología de MEDINA<sup>12</sup>, un “aspecto interno”, que hace a los hechos que tienen relación con los daños entre los miembros de la familia y un “aspecto externo”, que tiene relación con los terceros y la posición de una víctima o de un autor de un hecho en una relación de familia.

En el aspecto interno los temas a abordar son múltiples, entre ellos:

- Daños producidos por el divorcio.
- Daños producidos por la violencia doméstica.
- Daños producidos por la ruptura de esponsales o de uniones de hecho.
- Daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos.
- Daños producidos por la transmisión de enfermedades a los hijos.
- Daños producidos en la fecundación asistida.
- Daños causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo.
- Daños producidos por la nulidad de matrimonio.
- Daños producidos por el abandono de personas.

Dentro del “aspecto externo” de la responsabilidad y el Derecho de Familia cobra importancia la posición de un integrante de una familia a los fines de reparación del daño; así, no es igual causar la muerte en un accidente de circulación a un hombre soltero que a uno casado, ni al integrante de una pareja de hecho, ni a un guardador de hecho. Dentro de los supuestos en los cuales el daño se produce

---

favorables a la aplicación de la responsabilidad civil al Derecho de Familia hacen. También en la p. 524 del citado trabajo dicen lo siguiente: “En nuestra opinión, las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar, en la mayoría de los supuestos, carecen de una mínima base jurisprudencial y se apoyan en criterios muy endeble, tanto desde el punto de vista del Derecho de Familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En otras palabras: obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro Derecho de Familia”. La verdad es que, leyendo el artículo de estos autores, se observa un sesgo ideológico llamativo. Y todo lo que no coincida con su ideología, lo desechan incluso como algo “risible”. Sin contar con que deberían reflexionar por el hecho de que coinciden en sus conclusiones los que ellos llaman “los sectores académicos más conservadores” con “ciertos sectores feministas”. ¿No será que, a lo mejor, esos “sectores académicos conservadores” y “esos sectores feministas” tienen razón?

12 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 41 ss.

a un miembro de un grupo familiar, se pueden distinguir diferentes cuestiones que plantean problemáticas distintas:

- Responsabilidad por muerte del integrante de una pareja de hecho.
- Responsabilidad por muerte del novio/a.
- *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy.*
- Responsabilidad por muerte del hijo.
- Responsabilidad por muerte del padre.
- Responsabilidad por muerte del cónyuge.

También dentro de la faz “externa” de la responsabilidad por daños y el Derecho de Familia corresponde, en opinión de MEDINA<sup>13</sup>, el tratamiento del tema de la legitimación para accionar contra una persona diferente al autor del hecho cuando ésta forma parte de un grupo familiar en circunstancias determinadas. En este punto, la circunstancia de tener una posición determinada en un grupo familiar traslada la obligación de responder del autor del hecho a otros miembros del grupo familiar, con diferente extensión. Son ejemplos clásicos:

- La responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores.
- La responsabilidad de los guardadores de hecho y de los acogedores por la responsabilidad de los menores sujetos a guarda.

Finalmente, aparece el tema concerniente a los daños que se producen entre los miembros de la familia por circunstancias ajenas a las relaciones familiares. En estos supuestos, el daño no se produce por el incumplimiento de un deber familiar sino por la responsabilidad contractual o extracontractual entre los cónyuges y sus hijos. Los puntos serían los siguientes:

- Los daños producidos por accidentes de circulación entre miembros de la familia.
- Los daños producidos por responsabilidad contractual entre cónyuges.

---

13 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 43.



- La legitimación de los hijos para reclamar a uno de sus progenitores por la muerte de uno de sus padres en un accidente de circulación a consecuencia de la culpa del otro.

Otro campo propicio a las indemnizaciones por daños morales es el del incumplimiento de las obligaciones conyugales.

Son todos supuestos perfectamente trasladables a cualquier Derecho. Aquí nos estamos fijando específicamente en los daños producidos entre los cónyuges, especialmente cuando se ha producido la ruptura unilateral del matrimonio. En todos ellos, el fundamento de los daños morales radicaría, en último término, en la dignidad de la persona y en el principio de libre desarrollo de la personalidad.

En un espléndido libro sobre la responsabilidad civil, LÓPEZ JACOISTE<sup>14</sup> hablaba de la dignidad de la persona como inspiración ordenadora y renovadora de la responsabilidad civil: “La dignidad de la persona trae a la responsabilidad civil una renovadora provisión de principios, de respetos inspiradores y de horizontes institucionales. Justificábase el resarcimiento durante largas etapas y estimaciones en la conducta del agente del daño, pero se advirtió ser más congruente fundamento de reparaciones el detrimento sufrido por el sujeto paciente. Más la figura del sujeto paciente ha instado por su parte, sucesivamente, más precisa entidad. Porque, ciertamente, los bienes de la personalidad han supuesto un importante tramo de referencias, pero se ha recapitulado que el tener aptitudes reseñables y excelencias personales se reconduce al ser personal. Tener un cuerpo, tener talento, tener una concepción, u otras cualidades, son atributos que se integran en el ser; son inherentes a la plenitud que lo humano abarca y comprende. Así es como, en esa línea, la maduración de categorías y referencias ha reencontrado culminación en la dignidad de la persona. Tal dignidad es así pauta de razones y de aplicaciones, de interpretaciones, de configuración institucional y de cualificado respeto, respeto que ha de ser deparado a todos los humanos”<sup>15</sup>.

En otro lugar<sup>16</sup>: “La lesión inferida al ámbito de su dignidad es un daño a la persona. Es daño a su entidad espiritual, a la concepción, a la estima que le corresponde. Es daño moral, que incide de modo inmediato en la plenitud de que ella es titular y adviene al rango de daño al ser y a la entidad humana”.

La dignidad es un valor constitucional de todos los cónyuges o ex cónyuges en cuanto personas, con independencia de formar o haber formado parte de una familia. Una de las mejores maneras de proteger la misma es a través del art. 1902

14 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.

15 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 16.

16 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 391.

CC. En el caso de ruptura del matrimonio, la angustia, el sufrimiento o el dolor que sufre un cónyuge, la soledad a la que puede verse sometido, especialmente cuando el cónyuge tiene una cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable son supuestos en que se ataca el respeto y consideración que merece cualquier persona.

No importa que no se diga expresamente que un bien de la persona deber ser tutelado por el art. 1902 para que éste se aplique. Se puede hablar –al menos en el Derecho español- de una cláusula general de resarcibilidad, en la que el hecho se presenta privado de tipicidad, desvinculado de la necesidad lógica de la preexistencia de un derecho subjetivo, absoluto o relativo o de otra situación caracterizada por una positiva tutela por parte del ordenamiento a través de una norma primaria de la cual el art. 1902 CC derive la propia aplicabilidad en cuanto norma secundaria<sup>17</sup>.

Si examinamos brevemente algunos Derechos comparados, especialmente en lo que se refiere al divorcio en sí mismo, en el Derecho argentino hay un tradicional reconocimiento de los daños morales causados por el divorcio, aunque en el sistema no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados.

La doctrina argentina entiende que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, como la infidelidad o la violencia por ejemplo. Sin embargo, tal como se ha expuesto anteriormente, el acento no hay que ponerlo tanto en la conducta como en el daño sufrido por el cónyuge.

En el Derecho francés, en “Le divorce aux torts exclusifs”, se admiten los daños y perjuicios. Señala CORNU<sup>18</sup> que estos daños y perjuicios pueden tener un doble fundamento. En primer lugar, aparecen los fundados en el art. 266 *Code*, especialmente morales: trastornos relacionados con la ruptura, perspectiva de una vejez solitaria después de una larga vida en común, desconsideración social que va unida a la condición de divorciado, pérdida de una situación social envidiable, etc. Son daños no cubiertos por la pensión compensatoria.

El segundo fundamento de estos daños se halla en el Derecho común de la responsabilidad delictual. Afirma CORNU<sup>19</sup> que aunque el art. 266 guarda silencio sobre la aplicación del Derecho común, ello no es obstáculo para que éste se

17 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 158.

18 CORNU, G.: *Droit civil. La famille*, 9 Ed., Montchrestien, Paris, 2006, p. 567.

19 CORNU, G.: *Droit civil*, cit., p. 569.

pueda aplicar. Dice este autor que se aplicaría para los perjuicios distintos de los que resulten de la sola ruptura del vínculo conyugal.

En el Derecho norteamericano son curiosas las acciones “heart-balm”, de indemnización. Su traducción sería, más o menos, “especie de bálsamo para mitigar la tristeza del corazón”. Son acciones de “Common Law torts” y la regulación legal “State Statutes”. Están fundamentadas en la idea que la ley no puede favorecer ninguna intrusión o interferencia en el vínculo conyugal. Se trata de proteger los corazones rotos, los matrimonios fallidos y las reputaciones dañadas.

La demanda se podría basar en cuatro fundamentos jurídicos: “Alienation of affection”<sup>20</sup>, “Breach of promise to marry” (probablemente la más importante)<sup>21</sup>; “Seduction”<sup>22</sup>; y “Criminal conversation” (adultery)<sup>23</sup>. Estas acciones han quedado abolidas en casi todos los Estados norteamericanos.

Para ver cómo funcionan estas demandas, fijémonos en el siguiente supuesto<sup>24</sup>. Nicole Mathis, casada y madre de dos niños pequeños, sufrió una operación para extraer un disco dañado de su columna. La operación la realizó el Dr. Charles Brent y Nicole, en los dos meses siguientes, fue a su consulta para rehabilitación. Sin embargo, Nicole no fue a una de estas visitas, y el Dr. Brent la llamó para preguntarle qué había sucedido. Una cosa llevó a otra y Nicole y Charles tuvieron una relación sexual breve.

Nicole y Vennit, su marido, se divorciaron después de que éste descubriera su aventura. Además de las disputas habituales que acompañan el divorcio, el fin de este matrimonio llevó a una demanda de los hijos contra el Dr. Brent por “enajenación de afectos”. Esta acción “heart-balm” sigue existiendo en Mississippi, donde vivía la familia Matthis. La cuestión era todavía más interesante porque la demanda fue presentada por los hijos del matrimonio.

En el Derecho norteamericano, este tipo de acciones han ido desapareciendo progresivamente, bien por ley, bien por decisión judicial. Sin embargo, no fue el caso de Mississippi.

En 1992, el Tribunal Supremo de Mississippi abolió la “Criminal conversation”, pero no hizo lo mismo con la “enajenación de afectos”. En ese caso, Saunders v.

20 Es una causa de acción que se podía adaptar a una amplia variedad de supuestos. El más normal era el de una persona que interfería en una relación matrimonial, enajenando para sí el afecto del marido o de la mujer.

21 Era una causa de acción que una mujer podía presentar contra un novio que la dejó plantada, a menudo después de convencerla de tener relaciones sexuales antes del matrimonio.

22 Era una causa de acción que legitimaba a un padre a interponer una demanda contra el hombre que había tenido relaciones sexuales con su hija.

23 Era un eufemismo para el adulterio y le dio al cónyuge engañado una causa de acción contra el amante.

24 Extraído de <http://www.igorsalazarabogados.es/>

Alford, una mujer casada con un agricultor tuvo una aventura con su jefe en el Petroleum Company Billups. El tenía “cuarenta años y era rico”. Ella tenía “veinte años y era infeliz”. Vino a continuación el divorcio y una demanda del ex-marido contra el jefe. El jurado, por alguna razón, dijo que no a la “enajenación de afectos”, pero reconoció daños para la “criminal conversation”. Pero en la apelación, el máximo Tribunal del Estado abolió la “criminal conversation”. No dijo nada acerca de la “enajenación de afectos”.

La respuesta llegó quince años más tarde, cuando el mismo Tribunal, en *Fitch v. Valentine* (2007), confirmó un veredicto del jurado en una acción basada en la “enajenación de los afectos”.

La situación de hecho fue la siguiente. Una mujer tuvo relaciones sexuales con su jefe y dio a luz un hijo. Su esposo, Johnny Valentine, demandó al jefe, Jerry Fitch, por “alienar el afecto de su esposa”. Fitch pidió al Tribunal eliminar esta causa de acción, como lo había hecho con la “criminal conversation”. Pero el Tribunal se negó, prefiriendo proteger “la relación matrimonial y su santidad” en contra de alguien que “a través de la persuasión, seducción o inducción” había provocado el final de un matrimonio y la pérdida del afecto de un cónyuge.

En el caso que contemplamos, la causa de la acción “la enajenación de afectos” fue inusual. El marido presentó la demanda, no sólo en su propio nombre, sino también en nombre de sus hijos, de 2 y 3 años de edad en ese momento. La esencia de la demanda radicaba en que la doctrina de la “alienación de los afectos” era lo suficientemente amplia como para proteger contra el daño a la unidad familiar, rota por el Dr. Brent.

El Tribunal no abolió esta acción, pero negó a los hijos cualquier posibilidad de interponerla (sólo el cónyuge afectado) alegando que los padres, aunque éstos ya no se querían, seguían queriendo sin embargo a sus hijos<sup>25</sup>.

La doctrina española ha defendido la posibilidad de acudir al art. 1902 CC. para la indemnización de este tipo de daños morales, tanto los que tienen su raíz en la propia ruptura conyugal como en todos aquellos que se derivan del hecho de ser persona el cónyuge, con independencia de esta condición matrimonial.

Para el supuesto de daños derivados de la ruptura conyugal, traemos a colación a RODRÍGUEZ GUITIÁN que, estudiando los artículos 97 y 98 CC., como formas de resarcimiento específico, se plantea si podría aplicarse igualmente, si fuera necesario, la normativa general de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 ss. CC).

<sup>25</sup> La realidad, sin embargo, es que los hijos quieren el cariño de sus padres *unidos*, no por separado. El Dr. Brent había roto la unidad del hogar familiar y había perjudicado a los hijos pequeños.

Llega a la conclusión que los arts. 97 y 98 se caracterizan porque proporcionan una protección muy limitada (sólo para algunos tipos de daños que se dan en circunstancias y con requisitos muy concretos) sin contemplar daños morales. Dichos preceptos no prohíben el ejercicio de otras acciones de indemnización con base en la normativa general<sup>26</sup>.

Tanto si se trata de daños morales consecuencia de la propia ruptura matrimonial como de los otros daños morales en el seno del matrimonio, que no derivan de aquella ruptura, sino de otro tipo de conductas, y que se fundamentan en la dignidad personal del cónyuge, cuestión especialmente importante es el criterio de imputación.

En el Código Civil, en sede de responsabilidad civil, nos dice RODRÍGUEZ GUITIÁN<sup>27</sup>, no se han establecido reglas específicas cuando el dañante y el dañado forman parte de la misma familia. Afirma que ello no significa que se tenga que imponer al familiar agente del daño la obligación de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero según las normas generales de la responsabilidad civil: la redacción abierta de nuestras normas de responsabilidad civil (por ejemplo, mediante el uso del concepto “negligencia”) permite al juez la incorporación a los juicios de imputación de las características propias de los roles familiares, obteniéndose así idénticos resultados a los de aquellos ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

Entiende esta autora que se pueden distinguir tres posturas. La primera es aquella que apunta que el daño entre familiares, para ser reparable, ha de ser cometido con dolo, de manera que los daños culpables no se indemnizan<sup>28</sup>. La

26 Afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 115: “Por ello, a mi juicio cabría reclamar por el artículo 1902 del Código Civil, al menos como posibilidad teórica, tanto los daños morales como los daños patrimoniales originados a raíz de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, no cubiertos por estos preceptos. Otra cosa es que después, en virtud del ya aludido principio de paz familiar o armonía doméstica, no se resarzan de forma efectiva todos los daños entre cónyuges derivados de las citadas crisis matrimoniales. Y no parece un obstáculo que, para lograr la indemnización de estos daños en virtud del art. 1902 del Código Civil, sea preciso la acreditación del elemento de culpa y que, en cambio, para exigir la compensación del art. 97 o la indemnización del art. 98 el legislador haya prescindido de tal elemento subjetivo”.

27 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 129.

28 El BGB alemán, en sus parágrafos 1359 y 1664, fija, en relación con el cumplimiento de deberes familiares, la diligencia *quam in suis* (la diligencia que uno pone en los asuntos propios) como canon privilegiado –en la medida en que permite limitar la responsabilidad al dolo y a la culpa grave– al que deben atenerse cónyuges y padres en el cumplimiento de los respectivos deberes familiares. Alguna sentencia de las Audiencias, como la pionera SAP Valencia 2 noviembre 2004 (AC 2004, 1994) estableció, como criterio de atribución de la responsabilidad el dolo. Esta sentencia entendió de una demanda de resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento del deber de fidelidad, condenando solidariamente a su reparación, tanto al cónyuge infiel como a su amante habitual. El marido, al descubrir la infidelidad de su mujer, se separó de ella. Posteriormente, mediante las correspondientes pruebas de paternidad, averiguó que tres de los cuatro hijos habidos durante el matrimonio no eran de él, sino del amante de su mujer, razón por la cual interpuso una demanda de responsabilidad civil contra la mujer infiel y su amante. En primera instancia se acogió parcialmente su pretensión resarcitoria, condenándose a los demandados al pago de 50.000 euros, “por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores”; se rechazó, en cambio, la

segunda es algo más amplia: no solo dolo sino también culpa grave, pero no negligencia, sobre la base de conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y el Derecho de Daños en aras de respetar la paz y la unidad familiar<sup>29</sup>.

¿Por qué este trato benévolo que excluye la responsabilidad civil del familiar en los supuestos de mera negligencia o imprudencia?. Se argumenta que la responsabilidad civil imputada a un miembro de la familia es un elemento que quiebra la armonía del grupo, se privilegian los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad frente a los intereses del perjudicado, la reivindicación absoluta de los propios intereses individuales frente al familiar llevaría a la falta absoluta de solidaridad familiar<sup>30</sup>. Ya hemos comentado que estos argumentos están superados en la actualidad.

Hay una tercera postura que va mucho más allá y que mantiene que en ciertas hipótesis de responsabilidad civil el familiar agente del daño no sólo debe responder en caso de dolo o culpa en su actuación, sino que hay casos en que se le podría exigir una responsabilidad civil objetiva. A mí me parece que hoy por hoy el acento de la culpa hay que ponerlo en la víctima, lo que me lleva a pensar que habría que ir, al menos, en la línea de una inversión de la carga de la prueba en relación con la negligencia. Y que en el caso de un daño derivado directamente del hecho del divorcio, la responsabilidad sí que es objetiva.

No hay duda que, en definitiva, basta la culpa o negligencia. El dolo o culpa grave sólo generaría un verdadero privilegio familiar<sup>31</sup>, que hoy no tiene sentido. Sin contar la dificultad añadida de la víctima desde el punto de vista probatorio, pues la prueba del dolo o culpa grave se transforma en un obstáculo más para la reparación.

---

reparación “del mayor impacto emocional”, producido por la infidelidad misma, argumentando que “ésta no puede ser indemnizada”. La Audiencia elevó, sin embargo, la condena a la cantidad de 100.000 euros, ya que, a diferencia de lo entendido por la sentencia recurrida, consideró también indemnizable el daño moral del marido, resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de su mujer. La sentencia identifica el daño resarcible con la “dolencia (del marido) que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos”, a la que se le reconoce “una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos”. Pero, más adelante, para justificar el aumento de la cuantía de la indemnización, afirma que “los padecimientos del demandante, no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa”. Esta sentencia afirma que el criterio de atribución de la responsabilidad es el dolo.

- 29 La culpa grave sería la falta extrema de diligencia y, en la práctica, es perfectamente asimilable al dolo.
- 30 MOSSET ITURRASPE, J.: “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares”, *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p.11.
- 31 LEPIN MOLINA, C. “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 430. No obstante, en el ámbito de los daños morales derivados de la violencia de género, lo que predomina es el dolo. Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género en la pareja y daño moral. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Comares, Granada, 2014, p. 89.

Como se ve, la cuestión del concepto de culpa o negligencia plantea algún problema. Ya lo decía la STS 15 abril 1992<sup>32</sup> hablando de culpa en sentido tradicional y noción moderna de la misma<sup>33</sup>. Para el Alto Tribunal el concepto clásico está recogido en el art. 1104 del Código Civil, como omisión de la diligencia debida según las circunstancias. En cuanto a la culpa en sentido moderno, se trata de la causación de un daño a bienes jurídicamente protegidos.

Lo que caracteriza a esta culpa en sentido moderno es la tendencia a considerarla desde un punto de vista objetivo, como señalan PARRA LUCÁN<sup>34</sup> y DÍEZ PICAZO<sup>35</sup>. La primera autora habla de los expedientes “paliativos” de la responsabilidad por culpa, como evolución de la jurisprudencia que va del principio “ninguna responsabilidad sin culpa” al principio *pro damnato*, de tal manera que el término final de esta evolución es la responsabilidad objetiva.

Dice DÍEZ PICAZO que, actualmente, puede haber confusión respecto al concepto de culpa que abarca dos tipos de conductas. En primer lugar, aquellas donde hay negligencia según una conducta antijurídica. En segundo lugar, aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, la culpa se establece en virtud de un resultado socialmente dañoso, que impone la desaprobación de la acción o de la conducta por ser socialmente reprobable<sup>36</sup>.

Rechaza totalmente la idea de que puede haber culpa por el resultado socialmente dañoso y por la desaprobación o reprobación social que es consecuencia del daño mismo, pues si la culpa queda embebida en el resultado dañoso, carece de todo sentido cuestionarla y es otra forma de llegar a una responsabilidad que se objetiva por el daño<sup>37</sup>.

32 STS 15 abril 1992 (RAJ 1992, 3306)

33 El supuesto de hecho fue el siguiente. La demandante D<sup>a</sup> María del Carmen P. V., por sí y en nombre de sus dos hijos menores de edad formuló demanda de juicio de menor cuantía contra los herederos de D. José E.X. y “Caja de Previsión y Socorro SA”, reclamando una indemnización por el fallecimiento de su esposo D. Francisco Javier G. S. en accidente de circulación. La acción fue desestimada en ambas instancias con base en los siguientes hechos probados: a) El día 12.02.1984 el señor G.S. conducía por la carretera Palamós-Gerona un vehículo turismo propiedad de D. Cipriano B.P. y al efectuar un cambio de dirección a la izquierda, con objeto de tomar un camino, interceptó la trayectoria de una motocicleta que conducía D. José E. X., asegurada por la codemandada “Caja de Previsión y Socorro”; b) La motocicleta circulaba en la misma dirección que el turismo con intención de adelantarle, pero a consecuencia del giro a la izquierda realizado por el conductor del turismo, que no se percató de la presencia de la motocicleta, el conductor de ésta señor E. no pudo evitar la colisión; c) A consecuencia de ésta última fallecieron el conductor del turismo y el de la motocicleta; d) Se concreta como dato fáctico que el conductor del turismo no vigiló la inexistencia de vehículos en el sentido de su circulación antes de decidirse a girar a la izquierda, lo que hubiera evitado la colisión.

34 PARRA LUCÁN, M. A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014, p. 905.

35 DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 28.

36 Sería la denominada culpa *ex re ipsa*, culpa por la reprobación social referida no a la conducta estricta del agente causante del daño, sino del resultado dañoso en sí mismo considerado.

37 Afirma DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, cit., p. 28: “En el fondo es un viaje a ninguna parte tratar de volver de la responsabilidad por riesgo a la responsabilidad por culpa y después medir la culpa por la desaprobación social del resultado dañoso”.

Pero también critica la idea que el concepto de culpa o negligencia, como factor decisivo en la aplicación del art. 1902, dependa de que la conducta sea antijurídica. Esto es inaceptable, en palabras de este autor: La negligencia, como factor de imputación subjetiva, hay que tomarla en consideración como violación de deberes de diligencia, no en cuanto la conducta sea antijurídica.

LÓPEZ JACOISTE, al hablar de la culpa, pone el acento, sin ser decisivo, en la vertiente objetiva<sup>38</sup>: “La culpa supone omisión de la diligencia debida, si bien últimamente tiéndese a acentuar la vertiente de sus efectos al entenderla, según señala la jurisprudencia, como causación de un daño a bienes jurídicamente protegidos; implica, en todo caso, radicación en una conducta revelada como lesiva. No es separable de los hechos mediante los cuales se ha ocasionado el daño. Al margen de tales hechos no cabe estimar culpa. La culpa induce y trasparece autoría. La apreciación de un proceder como proceder culposo entraña una calificación, una adjetivación de ese proceder; pues sin base sustantiva no cabe adjetivar. El nexo causal viene a ser base de la culpa del agente. La culpa inhiere sobre la conducta lesiva; sin daño, no hay culpa relevante en el orden jurídico civil orientado a la reparación; y, a la inversa, el daño constatado evoca una conducta que, en principio, ha de tenerse como descuidada. El daño injusto difunde expresividad: “on attendra de celui qui brise une vitre qu’il se disculpe”. La producción de daños insinúa culpa, lo cual tiene importancia en sede de prueba”.

Personalmente, creo que hay que poner de relieve este carácter cuasi-objetivo de la culpa en el tema que me ocupa, sobre todo cuando se trata de la ruptura unilateral del matrimonio por uno de los cónyuges. La simple presencia del daño en el otro cónyuge implica la existencia de culpa. Al menos habría que hablar de una presunción de culpa.

Por supuesto, esta culpa no tiene nada que ver con buscar un culpable en el fracaso del matrimonio. No es esa la cuestión. En el Derecho español el divorcio es objetivo. Pero hay que aceptar que puede haber acciones en el seno del matrimonio que den lugar a este tipo de daños morales.

Sin embargo, si se trata de un daño producido por el divorcio en sí mismo, creo que en este caso las razones para hablar de una responsabilidad objetiva son aún mayores que en el caso de los demás daños entre los cónyuges en el seno del matrimonio<sup>39</sup>. El hecho dañoso sería el propio divorcio y el causante el cónyuge que ha presentado la demanda de divorcio, e incluso, aunque la demanda se haya

38 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 578.

39 Cfr. GUITON: “Les dommages-intérêts en réparation d’un préjudice résultant du divorce”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, pp. 237 ss.



presentado de mutuo acuerdo, es posible que podamos seguir hablando de la posibilidad de un cónyuge de presentar una demanda de daños contra el otro.

Nada se puede reprochar, desde un punto de vista jurídico, al cónyuge que presenta la demanda de divorcio, puesto que ejercita un derecho. Ahora bien, la equidad manda que quien usa, en ventaja suya, de un derecho, ha de soportar los riesgos inherentes a la puesta en marcha de ese derecho<sup>40</sup>. Cada vez que un cónyuge pide el divorcio, usa, ciertamente, de un derecho que la ley le reconoce. Pero, como consecuencia de la demanda, el cónyuge demandante recibe una ventaja: ser liberado de los lazos del matrimonio y, eventualmente, “rehacer su vida”. El cónyuge demandante debe, como contrapartida de esta ventaja, soportar los riesgos de su acción y, sobre todo, reparar el perjuicio que la disolución del matrimonio produce en el otro cónyuge.

Siguiendo con las características de estos daños, se prescinde de la antijuricidad para hacer hincapié en el daño injusto en cuanto contrario a la dignidad de la persona. Aquellos autores que admiten la antijuricidad en el ámbito de los daños morales causados por el divorcio o por otros motivos es porque parten de la idea de que sólo hay obligación de reparar cuando existe un acto antijurídico o acto que viola un deber jurídico<sup>41</sup>. Por ejemplo, uno de los deberes del matrimonio. Entiendo que ello no es así. Se repara el daño injustamente sufrido con independencia de la ilicitud de la conducta.

La amplitud de los daños morales en el Derecho español es amplísima. Hace años Pantaleón los describía<sup>42</sup>: “No sólo en casos de lesión del honor, la intimidad personal y familiar, o la propia imagen (art. 9.3 LHI), o en casos de muerte: dolor por la pérdida de un ser querido; o de lesiones: sufrimientos hasta la curación, “daño a la vida de relación” incluido el daño sexual, “daño estético”; o de afecciones de carácter síquico. Sino llegando a estimar daño moral resarcible; el aparecer un inquilino como mal pagador a causa de un desahucio conseguido mediante fraude del arrendador; la frustración de un viaje turístico a causa de lesiones sufridas por culpa del dañante; las molestias que reporta verse privado de la propia vivienda, destruida por culpa del responsable; el haber quedado privada la mujer del lesionado de la posibilidad de mantener relaciones sexuales con él; el sufrido por el autor de una escultura por haber sido atribuida la autoría de ella a otra persona; la “frustración de la esperanza de lograr una familia legítima constituida” a causa de la nulidad de un matrimonio dolosamente provocado por el responsable; o el impacto síquico que, en un caso de abusos deshonestos,

40 “Lorsqu’usaged’uneprérogative légale cause un préjudice à une personne, celle-ci doit obtenir réparation, alorsmême que le responsable n’estpasfauteur”, dice GUITON: “Les dommages-intérêts”, cit., p. 264.

41 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 26.

42 PANTALEÓN PRIETO, F.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid 1995, vol. 2º, p. 1898.

supuso para la ofendida el verse privada “signo de su virginidad”. Es evidente que, dentro de los mismos, se hallan los daños que sufre el cónyuge cuando hay ruptura unilateral del matrimonio que son de bastante más entidad que muchos de los que aparecen en la enumeración de Pantaleón.

### III. ALGUNOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES EN LAS RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES

Voy a examinar ahora algunos de los supuestos más interesantes de daños morales entre los cónyuges. El primero de ellos se refiere al divorcio en sí mismo, aunque ya hemos hecho algunas consideraciones acerca del mismo en las líneas anteriores porque personalmente entiendo que la doctrina y la jurisprudencia no pueden ya esconderse en la afirmación que el divorcio es un derecho y de ahí no puede surgir daño.

Tienen que ver con el proyecto de vida fundamentado en el principio de libre desarrollo de la personalidad<sup>43</sup>. Aunque este principio lo tengo ampliamente explicado, quisiera decir algunas cosas para razonar la anterior afirmación.

Lo primero es que este principio es una emanación de la dignidad de la persona. Esta expresa la idea de que se es dueño del propio proyecto de vida, esto es, del libre desarrollo de la personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE establece, en definitiva, un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera e incluso a no tenerlo propiamente. Cualquier actividad humana, sea en el campo social, político, económico o afectivo está bajo la protección del libre desarrollo de la personalidad. Comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio para tomarla. Elegir estudios, la formación de una familia, las inclinaciones religiosas, políticas, culturales, familiares o profesionales son parte del desarrollo de la personalidad. Incluso el principio de autonomía de la voluntad es una manifestación de este libre desarrollo de la personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad sería un principio anterior a la ley cuyo contenido es básico y necesario para ésta. Tanto aquel como la dignidad de la persona se hallan en el vértice del ordenamiento jurídico.

En la realidad jurídica, el modo más práctico de amparar el principio de libre desarrollo de la personalidad es a través del reconocimiento de derechos

43 MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

subjetivos. Las personas se convierten así en titulares de ámbitos de poder, se revisten de un conjunto de facultades, acciones, posibilidades de actuar, en suma, con cuyo ejercicio se hacen valer sus intereses, satisfacen sus necesidades. Ejemplo de lo anterior es el derecho a contraer matrimonio.

El principio de libre desarrollo de la personalidad juega un papel fundamental en las leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, que tan profunda reforma han operado en el Derecho de Familia.

Las propias Exposiciones de Motivos de estas leyes ponen como fundamento de las mismas el principio del libre desarrollo de la personalidad. Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, de esta manera, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad”. También se habla de que “la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”. Más adelante, al referirse a las uniones formadas por personas del mismo sexo, afirma que “se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas”. Y, más precisamente, se afirma que “el establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta Ley trata de dar una respuesta”.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquiera idea de culpabilidad que “se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

Obviamente, los mismos argumentos se pueden mantener en favor del cónyuge que quiere continuar en el matrimonio, entendido como cauce de desarrollo del libre desarrollo de su personalidad, o que éste constituye la justificación del

matrimonio como proyecto de vida. El Derecho español no niega la posibilidad del divorcio –en muchos casos auténtico repudio- pero también afirma el derecho que tiene el otro cónyuge a ser indemnizado como consecuencia de que se frustra ese proyecto de vida matrimonial, también fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad.

¿Cuál sería el ámbito de estos daños morales en este caso, o dicho de otra manera, cuál es la extensión del deber de reparación? Podríamos citar los siguientes: la frustración del proyecto de vida que pueda tener el cónyuge que no ha presentado la demanda de divorcio; perder la compañía y asistencia espiritual del otro cónyuge; verse privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; verse obligado a padecer la soledad cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones.

Aunque no es el objeto de este trabajo, también podríamos plantearnos si es factible el reconocimiento del derecho a una indemnización en favor de los hijos que han sufrido un daño moral como efecto del divorcio. Es evidente que la separación de los padres tiene una influencia trascendental en el desarrollo de la personalidad de los hijos, da lo mismo que sean menores o mayores. No deja de ser curioso que se concedan daños morales a una pareja que se encontró sus localidades en la plaza de toros ocupadas y que, en cambio, el cónyuge que pide el divorcio salga “de rositas” en una decisión que afecta gravemente a los hijos.

Se podría alegar que éste es el diseño que el legislador ha hecho del matrimonio y que, por tanto, no caben daños. Dejando aparte que los que afirman esto tienen una concepción del matrimonio autosuficiente, que no deja paso a otras ramas del Derecho, me parece fuerte permitir atentados a la dignidad de los hijos como los que el divorcio implica.

Podemos también reconocer que los padres tienen un “derecho a la felicidad” y, por eso, recurren al divorcio. Y los hijos, ¿no tienen también ese derecho a la felicidad, a la realidad de que serán más felices si sus padres están unidos que si están separados?. Sin contar además que el interés del menor, cuando los hijos son menores de edad, está por encima del interés de los cónyuges<sup>44</sup>.

44 Ese interés de los menores está constituido por un conjunto muy amplio de factores (o de criterios), y, entre los que destacan: la imagen de los niños en su entorno social, el dolor que implica la separación de los padres y la afectación que esta separación puede tener en su desarrollo psicológico general, las previsiones que los niños o adolescentes se hubieran formado para su futuro y que dependían del buen funcionamiento del hogar, el derecho a la educación (que puede ser trastocado por el divorcio), entre otros factores. Tanto en el caso de mayores de edad como de menores de edad considero que estamos ante una responsabilidad objetiva, pero esto se ve más claro en el segundo caso, porque la primacía del interés del menor es absoluta.

Dejando aparte el caso anterior, que afecta al divorcio en sí mismo considerado, hay otros supuestos en que se puede pedir una indemnización por daños morales por afectar directamente a la dignidad de uno de los cónyuges, aunque ciertamente tiene también que ver con el propio hecho del divorcio. Como ya he dicho, lo que está en juego es la persona, no su condición de cónyuge. Brevemente me refiero a ellos.

Por ejemplo, ¿es indemnizable la pérdida de “oportunidad matrimonial”?

En principio, no debiera ser indemnizado ya que el divorciado podría volver a contraer matrimonio. Ahora bien, habría que tener en cuenta las circunstancias. Podría suceder que, debido a la edad del cónyuge o a sus condiciones de salud, disminuyera la posibilidad de contraer matrimonio. Lógicamente, esta circunstancia deberá ser demostrada en particular al igual que su relación de causalidad adecuada con el divorcio, para que sea considerada como un daño indemnizable.

Otro posible daño hace referencia a la lesión de los sentimientos religiosos.

Cuando la sentencia de divorcio es dictada respecto de un matrimonio en el que uno de los cónyuges profesa un credo religioso que prohíbe tal situación, podría plantearse también que estamos ante un daño indemnizable.

¿Se puede indemnizar el daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos?

Parece que sí. El cónyuge que sufre el divorcio va a sufrir más daño moral por el divorcio si tiene hijos-especialmente si son menores-que si no los tiene. Sufrirá al ver cómo sufren ellos, cómo quedan y se sienten desamparados, sin un hogar bien constituido, etc. Este dolor es un daño moral para el cónyuge que sufre al ver el dolor del hijo, porque es estar fuera de la realidad pensar que los hijos no lo van a pasar muy mal al ver el divorcio de los padres.

Se plantea también si hay daño moral cuando el cónyuge que ha sufrido el divorcio vuelve a casarse o tiene una pareja estable de hecho.

Quizás se podría alegar, para dar una respuesta negativa, que el daño debe subsistir al momento en que se indemniza y que si el cónyuge se ha vuelto a casar o tiene pareja estable, ha cesado de sufrir el daño causado por la ruptura de su anterior unión.

No es esta la opinión de GRACIELA MEDINA, cuya opinión comparto<sup>45</sup>: “No compartimos tal criterio porque sería igual que decir que una persona deja de

---

45 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 96.

sufrir daño moral por la pérdida de un hijo cuando nace otro, o no siente más daño por la pérdida del rodado<sup>46</sup> cuando compra otro”.

Otra cuestión se plantea con el denominado “mobbing” matrimonial, y con la “violencia de género”.

Nos cuenta MEDINA<sup>47</sup> que un tribunal italiano, la Corte de Turín<sup>48</sup>, consideró como *mobbing* el daño sufrido por un cónyuge durante el matrimonio. Se trataba de una pareja de esposos social y culturalmente de nivel alto, él era periodista y ella era bióloga. El matrimonio finalizó por divorcio por culpa del marido, quien injuriaba a su mujer de múltiples formas. A saber; la descalificaba profesionalmente; le señalaba sus bajos orígenes como los de su familia; se dirigía a ella con calificativos degradantes; le negaba todo apoyo en las tareas domésticas que consideraba que sólo eran apropiadas para la mujer; obligaba a su cónyuge a realizar todas las labores de la casa y la descalificaba por la forma de realizarlas; la agredía señalándole sus malos atributos físicos y su mal gusto; constantemente manifestaba en público que él estaba destinado a otro tipo de mujer; se preguntaba por qué se había casado con ella; le decía que se fuera; la descalificaba de tal modo en su vida profesional que la llevó a cambiar de trabajo por uno administrativo que no exigía la capacidad que la mujer tenía; impulsaba a su mujer y a la familia de ésta a ser prestanombres de sociedades por las cuales no recibía ningún beneficio, etc.

La Corte de Turín consideró que había *mobbing* porque el demandado había violado el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, atribuyendo la exclusiva responsabilidad al marido por el comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio y en particular al deber de respeto y solidaridad a la personalidad del cónyuge.

Dice MEDINA<sup>49</sup>: “Consideramos que la expresión *mobbing* describe adecuadamente la situación vivida por la actora y entendemos que, aunque el término se relaciona con el Derecho del Trabajo, su utilización en el caso resulta adecuado.

El *mobbing* se caracteriza por la repetición de comportamientos hostiles, técnicas de desestabilización, que desarrolla como reacción graves problemas psicológicos duraderos, es decir, que se trata de un proceso destructivo sutil que puede llevar a la discapacidad permanente, y estimamos que como el comportamiento del marido reunía estos caracteres, la expresión resulta adecuada”.

<sup>46</sup> En Argentina, es cualquier tipo de vehículo con ruedas.

<sup>47</sup> MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 96.

<sup>48</sup> La sentencia puede verse en *Foro Italiano*, 2000-1555 con nota de DI ANGELIS.

<sup>49</sup> MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 97.

Termina diciendo esta autora: “Es que cuando uno de los cónyuges realiza una serie de comportamientos basados sobre la violencia moral y la persecución psicológica que tienden a desacreditar, discriminar o dañar a su consorte, no cabe duda que existe “mobbing””.

Pero también se podría encuadrar dentro de la violencia de género, en el ámbito de la jurisdicción penal y, en su caso, en la jurisdicción civil.

Recoge UREÑA MARTÍNEZ<sup>50</sup> la Sentencia de 27 de Febrero de 2014, dictada por el Juzgado nº 3 de Cartagena, que concedió una indemnización de 10.000 euros a una mujer víctima de violencia psíquica habitual y de malos tratos infringidos por su marido. Nos dice esta autora que esta sentencia es muy interesante porque hasta ese momento los tribunales apenas habían otorgado indemnizaciones por daño moral en supuestos de violencia de género.

Los hechos fueron los siguientes. Desde el comienzo de la relación afectiva, de la que nacieron tres hijos, el acusado sometió a su mujer a reiterados episodios de insultos y amenazas hasta generarle una situación de dominación y sumisión total. Tales episodios venían provocados por las continuas infidelidades del marido y por la negativa a su reconocimiento, pese a ser sorprendido en algunas de ellas. Expresiones del tipo “no vales para nada”, “estás loca”, “todo está en tu cabeza”, “lo que tienes que hacer es obedecerme”, “pareces un payaso”, etc., se repetían constantemente en el domicilio familiar durante años y en presencia de sus hijos; además, en muchas ocasiones estas expresiones iban acompañadas de actos de violencia física.

Valorada la prueba, el Juzgado tuvo la convicción de que el marido, “motivado por un comportamiento altamente egoísta, egocéntrico y narcisista, vino sometiendo a su mujer a una situación de dominación, control y terror de considerables dimensiones, tanto en el aspecto psicológico como en el físico, conducta plenamente incardinable en los tipos de los artículos 173.2 y 153 CP, concurriendo en el acusado un especial ánimo tendencial de ejercer un dominio machista sobre su pareja sentimental”. De ahí, que la pena impuesta se elevara para el primer delito a dos años de prisión y para el segundo a la pena de 70 días de trabajo en beneficio de la comunidad; determinándose en ambos casos la pena de prohibición de comunicación con la víctima y la pena de alejamiento por un período de tiempo de 5 y 3 años respectivamente.

Para esta autora, lo más significativo de esta sentencia es el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil *ex delicto*. Para la cuantificación del daño moral, el

---

50 UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Indemnización por daño moral a la mujer víctima de violencia de género”, *blog.uclm.es>cesco>files>2014/06*.

Juez hace una apreciación global de la trascendencia de los actos y su repercusión en las circunstancias personales de la víctima: profunda vulnerabilidad personal y social en que la persona se encontraba, sin estudios secundarios y con una edad madura.

Para la cuantificación del daño, el Juez identifica cuatro niveles de graduación de los diferentes impactos que el daño –derivado de la comisión de los delitos de violencia psicológica habitual y malos tratos- generaba sobre la calidad de vida de la víctima: mera subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intensificado; asignándole en este caso concreto a la víctima un daño de segundo grado, al perder el bienestar mínimo para disfrutar de una vida satisfactoria. En esta operación ha ponderado, por un lado, el elemento cuantitativo y temporal de la conducta de violencia continuada del marido, que se ha prolongado durante muchos años; y, por otro, las consecuencias generadas sobre la víctima, al verse profundamente cosificada, angustiada, entristecida, privada de espacios de autonomía personal básicos y ha sufrido, incluso, un marco post delictual de acoso difuso por parte del acusado -quien se ha personado en varias ocasiones en su lugar de trabajo.

Termina diciendo esta autora: “En suma, se trata de una sentencia valiente donde el Juzgado da un paso más, al entender que la violencia, ejercida contra las mujeres por parte de sus maridos o parejas tanto en su vertiente física como psicológica, puede ocasionar también un daño moral susceptible de indemnización. Con esta interpretación judicial puede defenderse que si una mujer sufre una situación de dominación y control por parte de su marido o pareja, privándole de su bienestar mínimo imprescindible para disfrutar de una vida satisfactoria y digna, tiene derecho a que se le indemnice de manera integral el daño causado, ya sea físico, psíquico o moral”.

La violencia de género en el ámbito de la pareja, cuya tutela se introduce en el Código Penal a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, suma, dice VELA<sup>51</sup>, un plus de gravedad íntimamente relacionado con el desvalor añadido que tienen en común las actuaciones violentas por razones de género: no sólo afectan a la salud física o síquica de la víctima y al normal desarrollo de la persona en el seno de esa relación afectiva, sino que además, fundándose en la posición de dominio absoluto del varón, van destinadas a lograr la sumisión de la mujer. En esta situación, las consecuencias –que pasan por una total anulación de su personalidad- repercuten, no sólo en su comportamiento, sino también en el desarrollo de su personalidad, dejándose así sentir en todas las facetas vitales.

51 VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género*, cit., p. 97.



Está en íntima conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como ha destacado en muchas ocasiones el Tribunal Supremo<sup>52</sup>.

Interesa destacar que no basta cualquier delito o falta para ser considerado violencia de género. Dice VELA que tiene que tener connotaciones con la *subcultura machista*<sup>53</sup>, es decir, cuando la conducta del varón sea expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer, colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano.

La infidelidad y el adulterio pueden ser causa de resarcimiento por daño moral, no tanto por incumplimiento de un deber familiar, sino por el daño que causa al otro cónyuge, al respeto de su dignidad, sin contar con que es incompatible con el valor de la unidad familiar y la decisión de abstenerse de cualquier comportamiento no compatible con la decisión de vida familiar.

Le cuesta mucho a los tribunales españoles otorgar resarcimiento por daños morales debidos a la infidelidad, quizás porque consideraban que ya era suficiente sanción conceder el divorcio. Sin embargo, hoy el divorcio es sin causa. Luego, ya no hay excusas para no otorgar indemnizaciones por este motivo.

Que yo sepa los primeros casos que llegaron al Tribunal Supremo por este motivo estaban relacionados con la ocultación de la verdadera filiación paterna del hijo del matrimonio. Las primeras sentencias sobre el tema han sido constantemente citadas por la doctrina.

La más conocida, en palabras de DE VERDA y CHAPARRO<sup>54</sup>, es la STS 30 julio 1999<sup>55</sup> la cual negó que la infracción del deber de fidelidad constituyera un ilícito civil susceptible de dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil. En su fundamentación jurídico tercero, a propósito de una demanda de reparación del daño moral sufrido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio, se afirma que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de innegable reproche ético-social”; más adelante, añade que “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101

52 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo traídas a colación por VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género*, cit., p. 119 y 120.

53 VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género*, cit., p. 100. La cursiva es del autor.

54 DE VERDA, J.R. y CHAPARRO, P.: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 128.

55 STS 30 julio 1999 (RAJ 1999, 5726). También se pueden citar la STS 22 julio 1999 (RAJ 1999, 5721) y STS 14 julio 2010 (RAJ 445,2010).

(...), por más que se estimen contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

Como señalan los autores citados, el argumento en el que se basa el fallo es que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible.

Estos autores, con una crítica que comparto, dicen que los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia<sup>56</sup> propuestas a los esposos para un mejor desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los artículos 67 y 68 que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos.

Por otro lado, añadiría, el Código Civil no es un catecismo: todo lo que aparece ahí es jurídico. Los deberes familiares ya no dan lugar a una sentencia de divorcio o separación, pero sí a una responsabilidad civil en virtud del art. 1902 CC., porque no es posible hablar hoy de “inmunidades” en el seno del matrimonio.

Nos podríamos plantear si las desavenencias en el matrimonio podrían suponer algún tipo de moderación en la indemnización por causa de la infidelidad y el adulterio. Es cuestión de que el demandado pruebe que estas desavenencias disminuyeron el dolor del otro cónyuge e incluso que lo hacen desaparecer. Pero me extrañaría: el adulterio, por muy deteriorada que esté la relación matrimonial, supone un ataque directo a la dignidad del otro cónyuge.

El adulterio conocido públicamente por todos, ¿puede suponer un aumento de la cantidad de la responsabilidad?. Probablemente, porque la publicidad agrava el ataque a la dignidad de la persona, e incluso a su imagen.

En este tema llama la atención alguna jurisprudencia argentina que afirma que cuando el adulterio es discreto no cabe daño moral<sup>57</sup>. Nos cuenta esta autora que la Cámara Nacional en lo Civil, sala E, entendió, referido entonces al divorcio en este país basado en causas, que no cualquier violación de un deber matrimonial merecía el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido, tendente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurriese la ofensa debía tener

56 Que también lo son.

57 Supuesto aportado por MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 112.

una trascendencia fuera de lo común, ser un daño “muy punzante” que no se configuraba si el adulterio era “discreto”.

El caso resuelto por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil trataba de un divorcio por adulterio en el cual el marido mantuvo relaciones con una empleada de su empresa durante muchos años sin que su esposa se enterara pero siendo conocimiento del yerno y de los cuñados y que daba lugar a los comentarios de todo el personal de la empresa, aun cuando no presenciaron muestras de afecto. La mayoría del tribunal entendió que había infidelidad pero, como ella no había traspasado la frontera del círculo social o laboral donde se movía el matrimonio, no correspondía condenar el pago de daños y perjuicios por cuanto la infidelidad ya había sido sancionada suficientemente con la declaración de culpabilidad del divorcio<sup>58</sup>.

Tiene mucho interés la SAP Cádiz 3 abril 2008<sup>59</sup> por dos motivos. En primer lugar, por señalar que el incumplimiento del deber de fidelidad es coercible vía indemnización y en segundo lugar, porque es suficiente la negligencia.

La Audiencia recuerda la doctrina emanada por las STS 22 julio 1999<sup>60</sup> y 30 julio 1999<sup>61</sup>, en las que se especificaba que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no era susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contemplaba la legislación era la de ruptura del vínculo conyugal.

Añade la Audiencia: “Según nuestro punto de vista el argumento comienza a desvitalizarse desde el punto y hora que las ya lejanas sentencias del año 1999 se dictan bajo la vigencia de la Ley de 7 /julio/1981 que, como es bien sabido, causalizó la separación en nuestro ordenamiento, siendo así que efectivamente existía una sanción civil a la infidelidad por la vía del art. 82.1º del Código Civil. Todo ello ha experimentado un cambio sustancial en el año 2005 tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio: la ruptura del vínculo conyugal a instancias de uno de los cónyuges no viene ya legitimada por la alegación y prueba de alguna de las circunstancias previstas en la legislación civil, sino por la mera expresión de su voluntad a tal efecto una vez que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. No subsiste, por tanto, la sanción civil en que se apoyaba el Tribunal Supremo. Ciertamente es que se mantiene como causa de desheredación al cónyuge en el ámbito del Derecho Común el incumplimiento de

58 CNCiv., Sala E, 30-10-92, L.L.1993-A-452.

59 SAP Cádiz 3 abril 2008 (JUR 2008, 234675).

60 STS 22 julio 1999 (RAJ 1999, 5721).

61 STS 30 julio 1999 (RAJ 1999, 5726).

los deberes conyugales (art. 855.1º del Código Civil), pero no parece que en su virtud se mantenga el carácter jurídico de la obligación de fidelidad”.

Y llegamos al meollo de la argumentación de la Audiencia: “Y es que el problema es justamente ese. Salvo que consideremos que el conjunto de los deberes matrimoniales establecidos en los artículos 66 a 68 del Código Civil, y en lo que aquí interesa, la fidelidad, como meros modelos teóricos de comportamiento para los cónyuges que no los obligan, su condición de auténticos deberes jurídicos debe ser puesta en duda. No es eso, sin embargo, lo que establece nuestra legislación positiva, tanto desde el punto de vista constitucional, como de legislación ordinaria. La garantía institucional del matrimonio ínsita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución española el de contraer matrimonio (art. 32 CC) impone al legislador la necesidad de dotarla de contenido frente a otras instituciones de convivencia y fruto de ella es el establecimiento por el legislador de ese elenco de deberes, cuya garantía pasa necesariamente por su caracterización como auténticos deberes jurídicos. Y no son tales los que carecen en absoluto de sanción, esto es, si su incumplimiento –aunque se precise que sea cualificado- carece de cualquier sanción. Creemos que no se trata de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser.

Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad. De hecho en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios, que es la opción que aquí se mantiene para las obligaciones derivadas del matrimonio. Por otra parte no puede dejar de reconocerse que el consentimiento sobre la asunción de tales deberes no es intrascendente para el Ordenamiento en tanto en cuanto siguen vigentes las normas sobre error o simulación como causas de invalidez del matrimonio (art. 73.1º del Código Civil).

También se ha mantenido que el Derecho de Familia es un sistema cerrado y completo, es decir, capaz y autosuficiente para resolver los conflictos que se produjeran en su seno a través de sus propias normas. Siendo ello así existiría una suerte de concurso entre las normas establecidas en los arts. 1902 y en el antiguo art. 82 (...). Pues bien, al margen de que el último precepto en la versión que amparaba esa tesis ha sido derogado, se trata de normas que tienen un fundamento y una finalidad diversa. En un caso se trata de resolver la crisis

matrimonial mediante la suspensión o extinción del vínculo matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges.

Tampoco parece que el establecimiento de algún género de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes matrimoniales suponga una restricción inadmisibles al ejercicio de la facultad de divorciarse. No ya, que también, porque en la misma situación estarían las instituciones enderezadas a resolver la crisis matrimonial, señaladamente, el establecimiento de una pensión compensatoria o la atribución del hogar conyugal al cónyuge no propietario, y nunca se las ha considerado legalmente como tales, sino porque, como ha quedado dicho, se trata de incidir sobre supuestos de hechos diversos.

En definitiva no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que debe ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado ente el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor. Todo ello se acomoda, según nuestro punto de vista, a la realidad sociológica de la institución. Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes modos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras está vigente el art. 1902 del Código Civil<sup>62</sup>.

62 Llama mucho la atención leer a algunos autores- MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: "Daños en el Derecho", cit., p. 543-que afirman el carácter simbólico de los deberes conyugales, no sólo negándoles su carácter jurídico, lo cual es sencillamente absurdo en un texto jurídico, lo que les lleva a negar la posibilidad de la responsabilidad por incumplimiento, sino que además, en coherencia con el carácter simbólico de estos deberes, afirman que, por supuesto, se pueden infringir-si es que se puede infringir algo que no es jurídico-amparándose el cónyuge infractor en el ejercicio de la propia libertad personal o sexual. La verdad es que leyéndoles se tiene la impresión que reducen el matrimonio a algo tan liviano que lo hacen inexistente. Sorprende también que hablen de un diseño institucional por el legislador del divorcio, que excluiría la idea de responsabilidad, dejando de lado, totalmente al margen, daños morales del cónyuge o de los hijos. El legislador, en este tema, es cruel, ¿y no van a existir daños? Llama también la atención

También respondería el cónyuge, si ha injuriado a su cónyuge, sea de palabra o por hechos.

No tengo duda que se puede dar indemnización al cónyuge que ha sido completamente excluido de la decisión de la mujer a recurrir al aborto. El fundamento es precisamente el principio del libre desarrollo de la personalidad, que le legitima a constituir una familia, dramáticamente interrumpida por el aborto.

Pero también puede suceder al revés. El marido obliga a la mujer a abortar. Tampoco tengo duda que ésta, con independencia de que se divorcie o no, puede pedir una indemnización de daños y perjuicios.

Hay supuestos también de daños especialmente sangrantes. Son todos aquellos en que hay un divorcio traumático para la esposa enferma de cáncer.

La doctrina coincide en que en nuestro derecho nadie tiene derecho a ser amado, es decir, nadie puede ejercitar una pretensión indemnizatoria porque otra persona se niega a quererle, a amarle: no hay derecho al amor aunque ello pueda causar el suicidio del desesperado amante<sup>63</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

Dicen MARTÍN-CASALS y RIBOT<sup>64</sup>: “La ampliación del papel de la responsabilidad civil en el ámbito familiar pone en cuestión la autonomía del Derecho de Familia: precisamente cuando éste retrocede y disminuye la densidad e intensidad de sus reglas para respetar la intimidad y la libertad de las personas en el seno del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales, reduciéndose la intromisión de los poderes públicos en ese ámbito, la doctrina que aquí se critica pone énfasis en las supuestas lagunas de la regulación legal de la vida familiar. Los autores encuadrados en esta tendencia emplean la responsabilidad civil, especialmente en lo relativo a las consecuencias de la conducta inapropiada de los miembros de la familia, dando la impresión de que algo falla en el Derecho de Familia, pero sin pararse a pensar si la supuesta laguna o insuficiencia responde, aunque no les guste, al diseño institucional por el que ha optado el legislador.

---

que expresen peticiones de principio, como axiomas indemostrables, como el siguiente (p. 547): “En la sociedad actual es cuestionable promover la interferencia del Estado para que tome postura en cuestiones de moralidad sexual, por más que la tradición heredada del Derecho codificado siga conteniendo reglas, como los deberes recíprocos de los cónyuges, sobre cuya eficacia básicamente simbólica no debería albergarse hoy duda alguna”. Es llamativo como se puede negar carácter jurídico al Código Civil.

63 SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBI PUIG, A., y LUNA YERGA, A.: “Derecho de Daños”, cit., p. 45. Esto, en cualquier caso, merecería alguna matización. Si amor se entiende como puro sentimiento, nadie tiene derecho al mismo, porque el sentimiento va y viene. Pero los cónyuges sí que tienen derecho al esfuerzo de cada uno de ellos para querer al otro. Pero esto nos llevaría muy lejos y no es éste el lugar.

64 MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el Derecho”, cit., p. 530.

Resulta, en definitiva, un verdadero contrasentido hacer entrar las reglas de la responsabilidad civil en un ámbito del que en los últimos decenios el Derecho de Familia conscientemente ha ido retirando sus propios remedios".

Aunque fuera verdad que el legislador hubiese hecho un diseño institucional del Derecho de Familia donde no cabe la responsabilidad civil extracontractual e incluso que el Derecho de Familia fuera autónomo respecto del Derecho Civil, francamente cuesta admitir por elementales cuestiones de justicia, de ataque a la dignidad personal o al libre desarrollo de la personalidad, que el cónyuge que ha sufrido el daño, bien por el divorcio en sí mismo considerado o bien por acciones de un cónyuge en relación al otro, no deba ser indemnizado. Más bien lo que sucederá es que es el legislador el que tendrá que pensar y adecuar su diseño a dichos principios.

## BIBLIOGRAFÍA

CORNU, G.: *Droit civil. La famille*, 9 edª, Montchrestien, Paris, 2006.

DE VERDA, J.R. y CHAPARRO, P.: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, “Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial”, *Diario La Ley*, nº 9318, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2018.

DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, Octubre de 2001.

GUITON: “Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1980.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

LEPIN MOLINA, C.: “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. Lepin Molina, coord. D. Vargas Aravena), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en AA.VV.: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 2, 2011.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.



MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.

MOSSET ITURRASPE, J.: "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares", *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid 1995, vol. 2º.

PARRA LUCÁN, M. A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

ROMERO COLOMA, A.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBI PUIG, A., y LUNA YÉRGAS, A.: "Derecho de Daños (DdD). Análisis, aplicación e instrumentos comparados", [www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf](http://www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf), 6ª ed., 2017.

UREÑA MARINES, M.: "Indemnización por daño moral a la mujer víctima de violencia de género", [blog.uclm.es/cesco/files/2014/06](http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/06).

VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género en la pareja y daño moral. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Comares, Granada, 2014.

ZAMBRANO, V.: "Responsabilidad civil en el entorno familiar ("Proyectos para el futuro: no subestimar las consecuencias del amor")", en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

